

LA «CODIFICACIÓN» DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MEDIANTE EL DERECHO PRETORIANO DERIVADO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE*

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Catedrático Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza (orcid.org/0000-0001-6760-9222)

Revista Española de Derecho Administrativo 172
Julio – Septiembre 2015
Págs. 81 – 122

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PRETORIANO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y SU SIGNIFICADO COMO GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO. 3. EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR Y SU ALCANCE «FUNCIONAL». 4. LA COOPERACIÓN VERTICAL MEDIANTE LA TÉCNICA DE ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS. 5. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL: LA CORRECTA DIMENSIÓN DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN. 6. EL CONCEPTO FUNCIONAL DE OBRA PÚBLICA Y DEL CONTRATO MIXTO. 7. LA DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE SERVICIOS Y DE CONCESIÓN DE SERVICIOS. 8. LOS ELEMENTOS DE SOLVENCIA DE LAS EMPRESAS Y SU VALORACIÓN. LOS SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN. 9. LOS REQUISITOS DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO. 10. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y SU VINCULACIÓN AL OBJETO. 11. LA VALORACIÓN DEL PRECIO: LA NECESIDAD DE SISTEMA PROPORCIONAL LINEAL. 12. LA LIMITACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES. 13. LA NECESIDAD DE PRESERVAR EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD DE LAS OFERTAS. 14. EL EFECTO «ÚTIL» DEL SISTEMA DE RECURSOS CONTRACTUALES.

RESUMEN: Con este trabajo se pretende sistematizar la doctrina del TJUE en materia de contratos públicos. Doctrina que se comporta como

ABSTRACT: This paper aims to systematize the doctrine of the ECJ on public contracts. ECJ doctrine seems like a praetorian law, with important

* Trabajo realizado en el marco del *Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad* titulado «Hacia una contratación pública eficiente», REF: DER2012-39003-C02-0.

un derecho pretoriano con efectos codificadores en la práctica, que complementa la regulación de una materia de tanta trascendencia económica y social.

PALABRAS CLAVES. Contratos públicos. Codificación de la regulación de la contratación pública. Doctrina del TJUE.

effects in practice as supplement to the Regulations of public contracts. Both, ECJ doctrine and regulations, shape a needed Code in the field of this economic and social so important matter.

KEYWORDS: Public contracts. Codification of public contracts Law. ECJ doctrine.

«Si tuviera que contemplar su trabajo con los ojos de un jurista británico sería crítico. No obstante, cuando contemplo su labor con los ojos de un buen europeo, pienso que han hecho –y continúan haciendo– grandes cosas por Europa» (Lord DENNING, Juez y jurista inglés, sobre el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)

1. INTRODUCCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PRETORIANO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

La aprobación de las Directivas de contratación pública (23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero), vienen a consolidar un proceso de armonización/uniformización jurídica a nivel nacional, conformando un derecho propio de los contratos públicos¹.

Pero, además, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema junto a ese «derecho formal», en una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante «fuente de derecho», ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea². De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad

1. Vid. J. A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J. A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M. M. RAZQUÍN, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *RAP* núm. 196, 2015, pp. 97-113 y J. M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
2. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO, M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en GIMENO FELIU (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116.

con la doctrina fijada por el TJUE³. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretres o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión «local» de las normas de contratos públicos⁴. Existe, en consecuencia, una «armonización» a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)⁵. Esto explica porque los órganos de control nacionales, en tanto «juez comunitario» aplican esta doctrina⁶. Los principales «hitos» de esta codificación en contratación pública, son los siguientes:

2. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y SU SIGNIFICADO COMO GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO

En materia de contratación pública, el significado del principio de transparencia fue definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relacionándolo con el principio de igualdad de trato de los licitadores⁷. De hecho, se ha llegado a afirmar que

3. Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas», en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SÁNCHEZ MORÓN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación», en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.
4. Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
5. Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN («La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...», *op. cit.*, pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación.
6. Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SÁNCHEZ MORÓN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...», *op. cit.*, p. 82.
7. STJUE de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, apartado 85. En la sentencia TJUE de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/02, recuerda que la aplicación de este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que tampoco se trate de manera idéntica situaciones que son diferentes (STJUE de 14 de diciembre de 2004, *Arnold André*, C-432/02). También en relación con el principio de igualdad de trato, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 18 de abril de 2007, *Deloitte Business Advisor NV*, T-195/05, manifiesta que el citado principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo

el principio de transparencia es el corolario del principio de igualdad. Si el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores, el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (evitar, en suma, la práctica de redes clientelares)⁸. Resulta, por tanto, que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se preserve su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, apartado 91, y de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki*, T-345/03, apartado 142 y siguientes).

Esto explica que la publicidad no es –ni puede serlo– un mero principio formal. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen –técnicos y regulatorios– debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, C-196/08, al afirmar que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados». La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de abril de 2006, *ANAV*, C-410/04, apartado 21)⁹.

Es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España, T-402/06), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública que recuerda que:

«El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y

que este trato esté justificado objetivamente. Como ha recordado la STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di frutta*, C-496/99 P, «El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores».

8. Sobre esta cuestión, *vid.* el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en el libro: *Por el Derecho y la libertad*, vol. II, Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901 a 1931.
9. En esta línea de exigencia de publicidad adecuada pueden consultarse las STJUE de 13 de abril de 2010, *Landgericht Frankfurt am Main*, STJUE de 9 de septiembre de 2010, *Ernst Engelmann*, y STJUE de 3 de junio de 2010, *Raad van State*.

controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111)».

Resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate¹⁰. También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual –que «alteran» el nivel de publicidad– se eludan los principios de publicidad y concurrencia¹¹, o modificados de los contratos ya celebrados, alterando el objeto se eludan el principio de igualdad de trato, falseando la concurrencia¹².

3. EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR Y SU ALCANCE «FUNCIONAL»¹³

La importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva de contratación pública:

10. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111. También STJUE de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, apartado 44 y STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartados 33 y 34.
11. Me remito a mi opinión en www.obcp.es de marzo de 2012: «Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante». Por otra parte, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre, existe fraccionamiento, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Vid. también A. GARCÍA JIMÉNEZ, «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», RAP núm. 192, 2013, pp. 381-400.
12. Como gráficamente expresa J. VÁZQUEZ MATILLA en su trabajo «La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia», *Revista Estudios Locales* núm. 161, 2013, pp. 551-575.
13. Me remito a mi trabajo «El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras», RAP 176, 2008, pp. 9-54. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias *Mannesmann*, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002,

«El concepto de “poderes adjudicadores”, y en particular el de “organismos de Derecho público”, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un “organismo de Derecho público”, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil».

Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27). En relación a la sentencia de 15 de mayo de 2003 que condena al Reino de España (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005) pueden consultarse en la doctrina española los siguientes trabajos: J. L. PIÑAR MAÑAS, «La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJUE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 585, 2003, MORENO MOLINA, J. A., «Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000», en GIMENO FELIÚ José María (Coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004; B. NOGUERA DE LA MUELA, «El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», en J. M. GIMENO FELIÚ (Coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, y también en su estudio «Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», en *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 53, 2004, pp. 17-45; J. A. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, «El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno», *Revista Jurídica de Navarra* nº 37 enero/junio 2004, pp. 205-238, J. CARRILLO DONAIRE, «Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios», *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 51, 2003, pp. 127-151 y M. A. BERNAL BLAY, «Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJUE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03 (Comisión Vs. Reino de España) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo», *RAP* núm. 168, 2005, pp. 167-185; M. OLLER RUBERT, *El régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública*, Ed. Reus, 2013, pp. 51-64.

Son tres los requisitos que se exigen para la calificación como poder adjudicador¹⁴:

1.— Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJUE de 16 de octubre de 2003, C-283/00, en relación a la empresa pública española SIEPSA). La doctrina fijada en esta sentencia es clara:

«... se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate».

2.— Que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, C-214/00, en la que se condena al Reino de España).

3.— Que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público. La STJUE de 11 de junio de 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, C-300/07, determina una interpretación «amplia», al resolver la cuestión de si un acuerdo celebrado con la caja pública del seguro de enfermedad, de calzado ortopédico fabricado y adaptado individualmente es o no un contrato público sometido a la Directiva 2004/18¹⁵.

14. Lo sistematiza de forma excelente C. CHINCHILLA MARIN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...», *op. cit.*, pp. 39-63.
15. La STJUE de 12 de septiembre de 2013, *IVD Gmbtt*, C-526/11 ha resuelto, en relación aun colegio profesional, de derecho público, que no cumple ni el criterio relativo a la financiación por parte de los poderes públicos cuando dicho organismo está mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados estando facultado por la ley para fijar las cuotas y cobrar su importe, en el caso de que dicha ley no determine el alcance ni la modalidades de las acciones que el mencionado organismo lleva a cabo en el marco de cumplimiento de sus funciones legales, que las mencionadas cuotas debe financiar, ni el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos por el mero hecho de que la resolución en cuya virtud el mismo organismo fijan importe de las citadas cuotas de base aprobada por una autoridad de supervisión. En todo caso, la necesaria interpretación funcional de este criterio implica que donde exista influencia dominante, al margen de la participación efectiva, existirá control y se entenderá cumplido este requisito. Esa ha sido la doctrina del TJUE: sentencia de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia*, C-237/99, que

4. LA COOPERACIÓN VERTICAL MEDIANTE LA TÉCNICA DE ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

Esta técnica auto-organizativa ha sido bien delimitada por el TJUE¹⁶. Es necesario que exista un control análogo, que exige que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual¹⁷. Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, C-324/07, (apdos. 50, 52 y 54) afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apdo. 46). En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptarlo y ejecutarlo por ente que lo recibe, y no lo contrario, como bien pone de relieve BERNAL BLAY (en correcta interpretación de la doctrina de la STJUE de 11 de mayo de 2006, *Cabotermo*, C-340/04)¹⁸. Control análogo que es de carácter funcional y no formal –no basta con la mera declaración legal– que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005, *Parking Brixen*. Así lo indica la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Sea Srl.*, C-573/09, al indicar que:

considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades de vivienda de alquiler moderado; y la sentencia de 27 de febrero de 2003 (*Adolf Truley*, C-373/00). En definitiva, como recuerda BAÑO LEÓN («La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», RAP núm. 151, 2000, p. 15) lo que importa al derecho comunitario (desde criterios funcionales), es si la actividad es o no empresarial y si sobre ella tiene influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador. También S. GONZÁLEZ-VARAS, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 24.

Esto puede significar que una empresa pública sin participación superior al cincuenta por ciento de su accionariado, sea poder adjudicador si existe influencia dominante, que siempre existirá si hay, de facto un derecho de veto (por ejemplo, empresas públicas con participación público-privada al cincuenta por cien).

16. En la bibliografía más reciente puede consultarse el estudio de PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008; M. VILALTA REIXACH, *Las encomiendas de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, en especial pp. 313-376 y J. TEJEDOR BIELSA, «sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, op. cit., pp. 361-420.
17. Afirmación desarrollada por la STJUE de 21 de julio de 2005, *Padania Acque*, C-231/03, al afirmar que «el criterio del control análogo no se colma cuando el poder público adjudicador no posee más que el 0.97% del capital de la sociedad adjudicataria», pero de la que se separa la STJUE de 19 de abril de 2007 (*ASEMFO*, C-295/05).
18. Como destaca este autor el control análogo nada tiene que ver con la facultad de conferir singularmente encomiendas de gestión, puesto que el encargo singular no determina *per se* la existencia de un poder de influencia sobre las decisiones estratégicas del medio propio.

«... cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

– la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y

– a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad».

Esto significa que se debe determinar, pues, cuando, al margen de la participación en el accionariado, hay control análogo ya que *«...lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...»*¹⁹. Sobre este asunto resulta de interés la STJUE de 29 de noviembre de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*), que mantiene la misma línea que las dos precedentes (Sentencias de 10 de septiembre, *Sea Srl* y 13 de noviembre de 2008, *Coditel*). Esta doctrina admite, con los requisitos que se expondrán, la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección²⁰. El Tribunal de Justicia, concluye que:

«...cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

En consecuencia, al requisito del control sobre el medio propio, análogo al ejercido sobre los propios servicios, se le ha ido dotando poco a poco de un cierto carácter flexible o elástico, resultado admisible su ejercicio de forma colectiva por varias entidades. Ahora bien, no conviene olvidar que, aun conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo, y ese es precisamente el punto de tensión que marca el nivel máximo de elasticidad o flexibilidad del citado requisito²¹. Por ello,

19. STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, apdo. 46.

20. Resulta muy interesante la apreciación del Abogado General Sr. P. Cruz Villalón en el apartado 48 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012. Allí indica *«...que las entidades adjudicadoras ejercerán un control análogo sobre la sociedad adjudicataria siempre que dispongan de una posición estatutaria que les permita influir conjuntamente en la adopción de las decisiones importantes y los objetivos estratégicos de dicha sociedad. En todo caso, ésta no puede estar exclusivamente controlada por la entidad pública que tiene una participación mayoritaria».*

21. M. A. BERNAL BLAY, «El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 124 2013, pp. 88-93.

no ha admitido la existencia de control conjunto en la STJUE de 8 de mayo de 2014, *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*, C-15/13.

En todo caso, la participación debe ser íntegramente pública. La STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* –criterio asumido por la STJUE 8 de abril de 2008, *Comisión Vs. República Italiana*, C-26/03– y la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Sea srl.*, afirman que²²:

«En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva».

Es decir, la participación privada en un ente público, por mínima que ésta sea, rompe el criterio del control análogo y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación. Y eso aunque se trate de participación de entidades privadas sin ánimo de lucro. Así lo advierte la STJUE de 19 de junio de 2014, *SUCH*, C-574/12, al afirmar que:

«cuando a entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al “control análogo”, establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación “in house”, por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios»²³. El motivo es que no existe «control análogo» porque,

22. Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).
23. El Servicio de Utilización Común de los Hospitales (SUCH) fue creado por el Decreto-ley portugués 46/668, de 24 de noviembre de 1965 y conforme a sus Estatutos es una asociación sin ánimo de lucro cuya finalidad es la realización de un servicio público. Del mismo, que presta servicios fundamentalmente a sus socios y tiene limitada su actividad con terceros en un volumen de facturación inferior al veinte por ciento del total y siempre con carácter accesorio y sin perjudicar la prestación de servicios a sus asociados, pueden participar entidades pertenecientes al sector público y al sector social, entendiéndose por

«toda inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos de carácter distinto de aquellos que son de interés público» (apartado 12)²⁴.

Estos requisitos vienen a limitar una técnica de auto-organización con el fin de evitar que se falsee la competencia y se eludan los principios de la contratación pública. Obviamente, si el medio propio acude al mercado, en tanto poder adjudicador, aplicará las normas de contratación pública²⁵.

5. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL: LA CORRECTA DIMENSIÓN DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

La cooperación, si no «esconde» un contrato público, excluye la aplicación de las reglas de contratación pública²⁶. La actividad a desarrollar, de acuerdo con el considerando 33 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a las partes o que éstas hayan asumido, las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o bien los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público²⁷.

Y así debe interpretarse la figura del convenio (como se advierte en la STJUE de 13 de enero de 2005, en la que se condenaba al Reino de España, afirmando que la previsión del artículo 3.1 de nuestra derogada LCAP era contraria al derecho comunitario pese a que desde el Estado español se argumentaba que la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público).

este instituciones de solidaridad social sin ánimo de lucro. Fue una empresa mercantil la que suscito el pleito con ocasión de uno de los Protocolos que canalizaban la prestación de servicios por el SUCH poniendo en duda la existencia de relación de control que ha de concurrir para la adjudicación de contratos «in house».

24. Además, el Tribunal de Justicia entendió que la circunstancia de que tanto las entidades sin ánimo de lucro asociadas como la propia entidad en la que participan con los poderes adjudicadores puedan prestar servicios a terceros, en competencia con otros operadores económicos, pone de manifiesto que «la adjudicación directa de un contrato público al SUCH puede deparar a los socios privados de éste una ventaja competitiva» (apartado 40).
25. Consideración que deviene de la STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal Sri*, C-107/98, en la que se deduce un criterio de continuidad de aplicación de la misma norma por el organismo que recibe la competencia respecto de la que aplica el organismo que la crea (apartado 45).
26. Vid. I. GALLEGO CORCOLES, «¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 135, 2015, pp. 76-80.
27. Vid. Opinión de D. SANTIAGO IGLESIAS, «Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de Contratación Pública», publicada en www.obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.188/relcategoria.208/relmenu.3/chk.8ebb133952a4e1e3a0f2a1796d15d2ad>). En extenso, su trabajo «Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español», *Revista General Derecho Administrativo* núm. 38, 2015.

El concepto de cooperación (que habilita el convenio) ha sido definido en la STJUE de 9 de junio de 2009, *Comisión vs. República Federal de Alemania* (apdo. 47), C-480/06, que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración: a) objetivo común de interés público; b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución²⁸. De aquí se deduce que es condición indispensable que prestación quede fuera del mercado, lo que implica la imposibilidad de que, con base en el acuerdo de colaboración se presten servicios a terceros, pues ello desviaría la atención de la persecución de objetivos de interés público que es la finalidad que justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos. Puede decirse en este sentido que se trata de una condición mucho más estricta que la que se predica en relación con los encargos a medios propios, donde se permite la actuación del medio propio con terceros siempre que la parte esencial de su actividad tenga como destinatario al ente o entes que lo controlan²⁹.

Interesa advertir el significado de la onerosidad (que no es lo mismo que el carecer de ánimo de lucro). El TJUE ha admitido la configuración amplia del concepto onerosidad en las relaciones contractuales. En la STJUE 12 de julio de 2011, *Ordine Degli Architetti*, C-306/08, se afirma que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato (apartado 77) o, en términos parecidos, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GmbH*, C-451/08, el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación (apartado 45); si bien, en este punto, se añade una matización importante, puesto que el Tribunal de Justicia exige que la prestación debe conllevar, además, un beneficio económico directo para el poder adjudicador (apartado 49).

28. La Sentencia se refiere a un acuerdo de cooperación entre cuatro Landkreise de Baja Sajonia (Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade) y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los Landkreise y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un «contrato de colaboración» entre todos ellos. Sobre los requisitos que deben concurrir para que sea técnica organizativa y no contrato me remito a la comunicación de Miguel A. BERNAL BLAY, «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos», *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

29. Esta doctrina ha sido confirmada por la STJUE, de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock*, C-386/11, en la que se exige que todas las partes sean competentes y participen en la erogación del servicio de que se trate, que tendrá por objeto la realización de un «misión de interés público común» (STJUE, de 8 de mayo de 2014, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*).

Conviene advertir que el carácter oneroso que se exige a un contrato público no debe confundirse, en ningún caso, con la existencia de finalidad de lucro por alguna de las partes contratantes. Así lo ha puesto de relieve el propio TJUE quien, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Consortio Nazionale Interuniversitario per le Scienze*, C-305/08, afirma que bajo el concepto de operador económico utilizado por las Directivas pueden incluirse organismos cuya finalidad principal no sea la obtención de lucro, como pueden ser las universidades o centros de investigación, cuya finalidad principal no es actuar en el mercado (apartado 30)³⁰.

En definitiva, la técnica del convenio debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación éste comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva»³¹. Además, no es criterio suficiente el que no se cubra totalmente el coste del servicio, pues se confunde así la onerosidad (es decir, la existencia de contraprestaciones) que sí es un requisito para la existencia de un contrato, con el ánimo de lucro, que no lo es, razón por la cual las entidades que carezcan de él pueden ser adjudicatarias de contratos públicos. Lo advierte la STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux*, C-220/05, en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio. El TJUE es claro al declarar que este es un caso de contrato de obra, que debe ser objeto de licitación:

«Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, (...), con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser a propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra».

En esta línea conviene igualmente dar cuenta de posteriores y de gran valor interpretativo sentencias del TJUE. Por un lado, la sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Comisión/Irlanda*, C-507/03, que advierte que *«la mera existencia entre dos entidades públicas de un mecanismo de financiación relativo a tales servicios (los servicios públicos) no implica que las prestaciones de servicios de que se trate constituyan una adjudicación de contratos públicos»*. Lo importante de esta doctrina es que se excluye del concepto de contrato los flujos económicos entre entidades públicas para la financiación de servicios públicos, aunque estén recogidos en un instrumento bilateral, lo que justifica que se pueda excluir del ámbito contractual los convenios de colaboración para la cofinanciación de servicios entre dos entidades con competencias sobre la materia³². En todo caso, debe justificarse la existencia de tales condiciones (en STJUE de 2 de octubre de

30. La citada STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GbmH*, subraya que el concepto de contrato público requiere únicamente que su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador, pero sin que sea necesario acreditar también la existencia de una ventaja económica para el contratista (apartados 48-53).

31. Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS, «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles ...», *op. cit.*, pp. 393-394.

32. El Tribunal entiende que la carga de la prueba de la existencia de un contrato público que deba adjudicarse de acuerdo con las prescripciones del Derecho europeo corresponde a la Comisión, que es quien pretende que se declare el incumplimiento.

2008, Comisión/República Italiana). Por ello, la STJUE de 18 de diciembre de 2007, C-220/06, condena al Reino de España al considerar contrario a derecho los convenios suscritos por el Estado con la Sociedad estatal Correos por entender que existe un auténtico contrato y que no ha existido licitación pública³³.

Esto significa que concepto de contrato público es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros. Si un negocio jurídico cumple los requisitos que la legislación y la jurisprudencia europea exigen para apreciar la existencia de un contrato, deberá recibir el tratamiento jurídico correspondiente a los contratos, sin que quepa oponer una legislación nacional que considere que tal negocio es otra figura legal distinta con otro tratamiento diferente; ni que decir tiene que aún más irrelevante es la denominación que las partes den al negocio jurídico.

6. EL CONCEPTO FUNCIONAL DE OBRA PÚBLICA Y DEL CONTRATO MIXTO

El concepto de obra pública debe ser interpretado de conformidad a la doctrina del TJUE. La sentencia de 26 de mayo de 2011, Comisión/Reino de España, C-306/08, sobre los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Valencia, avala esta tesis e insiste en la necesidad de que se acredite que concurren las notas exigidas para constatar que hay un contrato de obra pública³⁴. Hay un límite que pivota en *la interpretación auténtica del concepto «contratos públicos de obras», y que arroja como resultado que un contrato sólo puede considerarse «contrato público de obras» si su objeto responde a la definición contenida en las directivas, sin que las obras accesorias que no formen parte del objeto del contrato puedan justificar la clasificación de éste como contrato público de obras (apartado 89 de la sentencia)*. Habrá que estar, en definitiva, al criterio funcional de obra pública tal y como ya había admitido el TJUE en su Sentencia de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-275/08, donde se analiza la naturaleza de contrato entre un ente público y una empresa privada relativo al arrendamiento, por la primera, de pabellones feriales que ha de construir la segunda cuya retribución

33. El objeto del proceso era dilucidar si el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional que permite a las Administraciones Públicas adjudicar cualquier servicio postal directamente a una sociedad mercantil de capital íntegramente público y que es el proveedor del «servicio postal universal», como es el caso de Correos. Un interesante y exhaustivo comentario es realizado por Julio GONZÁLEZ GARCÍA, «Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones in house. A propósito de la Sentencia Correos, de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, 2008, pp. 193-209.

34. Sobre esta cuestión y la problemática de al extensión de la normativa de contratos públicos a las obras de urbanización, me remito a mi trabajo «Obras públicas de urbanización y contratación pública: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TJUE», en *Libro Homenaje Prof. T. R. Fernández, Administración y Justicia*, vol. II, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 3259-3281. También el trabajo de X. LAZO, «Las obras de urbanización y la legislación de contratos públicos. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 26 de mayo de 2011 sobre la legislación urbanística valenciana», en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 463-484.

se efectúa mediante el pago de una renta mensual durante 30 años, aclarando esta cuestión al analizar un supuesto de hecho consistente en un contrato denominado «contrato relativo al arrendamiento de una finca con cuatro pabellones feriales», sin recurrir a un procedimiento de contratación con licitación de ámbito europeo conforme a dichas disposiciones. El TJUE impone una interpretación funcional para la concreta tipificación y constata que el contrato principal constituye un verdadero contrato público de obras.

Esta doctrina corrige las prácticas que eludan la aplicación de la norma vía estos «artificios jurídicos» que disfrazan la verdadera causa del contrato. En estos casos solo cabrá discutir si concurre o no la nota de la onerosidad, pero parece evidente que «este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato», tal y como se afirma en la STJUE de 25 de marzo de 2010, *Müller*, C-451/08 (apartado 50)³⁵. En la Sentencia *Müller*, se concluye que no era aplicable al caso la Directiva 2004/18, dado que todavía no se había tomado decisión alguna por el Municipio de *Wildeshausen* sobre las obras a realizar en los terrenos vendidos por el organismo federal, sin que se hable de un posterior contrato de obra³⁶. Se cuestiona, en suma, la causa de este contrato de base patrimonial³⁷. Pero, si hay onerosidad y existe una obra pública,

-
35. Por ello, R. BUSTILLO BOLADO concluye que las obras de urbanización realizadas por nuestras Juntas de Compensación cumplirían con el requisito de la onerosidad, aunque la Administración las recibe en propiedad sin tener que desembolsar un solo céntimo. «Un nuevo paso (no definitivo) en la determinación de qué relaciones jurídico-administrativas deben quedar sometidas en su nacimiento a las reglas comunitarias de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STJUE de 25 de marzo de 2010 (Helmut Müller GmbH v. Administración Federal para asuntos inmobiliarios)», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* núm. 21, 2010, pp. 265-273. Por contra, el profesor T. R. FERNÁNDEZ considera que «no tiene sentido» por ser un caso de sobrerregulación: «La Sentencia Müller da, pues, una de cal y otra de arena. Quiere liberarse de sus fantasmas, pero no puede porque sigue sin mirar al Derecho nacional sobre el que la vigente Directiva 2004/18 se proyecta y, por lo tanto, juzgando a ciegas. «La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?», *Revista Urbanismo y Edificación* núm. 23, 2011, p. 18.
36. Un interesante comentario al alcance de esta Sentencia lo realiza J. TEJEDOR BIELSA, en su trabajo «Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria. Comentario a la sentencia del Tribunal De Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010», *REDA* núm. 148, 2010, pp. 855-875.
37. El TJUE acepta, como bien destaca el profesor T. R. FERNÁNDEZ, que para que exista un contrato público de obra es preciso que el poder adjudicador que lo haya concluido «reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación», de forma que, si no hay intercambio patrimonial, no hay beneficio económico y sin éste falta la onerosidad que es de esencia a dicho contrato (párrafos 48 y 49). Y por ello, en tanto entiende que nos encontramos ante «el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por la Directiva 2004/18 (apartado 57)» entiende que no es de aplicación la normativa de contratación pública.

desde la perspectiva funcional, habrá que aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos³⁸.

Este criterio ha sido confirmado por la STJUE de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*, C-213/13, al analizar un contrato que contiene un compromiso de entregar bienes inmuebles en arrendamiento todavía no construidos es un contrato público de obras, a pesar de que existen elementos característicos de un contrato de arrendamiento, donde se afirma que tal caso es un contrato de obras:

«46 Este último precisa las diferentes características técnicas y tecnológicas de la obra proyectada y, según un conjunto de datos estadísticos sobre las actividades jurisdiccionales del distrito de Bari (número de asuntos civiles y penales, número semanal de vistas por cada órgano jurisdiccional, número de magistrados judiciales o de miembros del ministerio público, número de personas con funciones administrativas, pertenecientes a la policía judicial o a los servicios de seguridad, número de abogados inscritos en el colegio de Bari, etc.), sobre las necesidades específicas de cada uno de los tribunales de este distrito judicial (número de oficinas y de salas de vistas, de conferencia, de reunión y de archivo necesarias, superficie de las salas, formas de comunicación interna), y asimismo sobre ciertas necesidades comunes, como la capacidad para plazas de aparcamiento. (...)»

debe interpretarse en el sentido de que un contrato cuyo objeto principal es la realización de una obra que responde a las necesidades expresadas por el poder adjudicador es un contrato público de obras y, por lo tanto, no está comprendido en la excepción contemplada en el artículo 1, letra a), inciso iii), de la Directiva 92/50, aun cuando incluya un compromiso de entregar en arrendamiento la obra de que se trate».

En relación a la figura (y régimen) del contrato mixto, la STJUE de 21 de febrero 2008, *Comisión contra Republica Italiana*, C-412/04, en concreto en sus apartados 42 a 52³⁹, advierte que el criterio del importe económico no puede aplicarse cuando se

38. Está por delimitar si existe o no *overruling* en la doctrina del TJUE y su necesidad de transposición. En todo caso, la legislación urbanística y la de contratos deben armonizarse con idea de ofrecer una solución que garantice la necesaria seguridad jurídica en la toma de decisiones, en una actividad tan sensible, por la habitual confusión de interés públicos y privados, como la urbanística, quizá, lo más coherente sería que la propia legislación contractual regulase qué y cómo se sujeta a las normas de la contratación pública, para lo que bien convendría una regulación específica y detallada de los contratos que cumplen las condiciones para su calificación de obra pública (y sus especialidades cuando son obras de urbanización). No en vano, estamos ante una actividad donde la confusión de interés públicos y privados es frecuente, lo que obliga, nos obliga, a presentar propuestas y soluciones que corrijan las debilidades de un sistema ya de por sí muy inseguro. *Vid.* GIMENO FELIU, «Obras públicas de urbanización y contratación pública: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TJUE», *Libro Homenaje Prof. T. R. Fernández, Administración y Justicia*, vol. II, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 3280-3281.
39. La sentencia se refiere a la Directiva 92/50, anterior a la actualmente vigente (Directiva 2004/18), pero su doctrina es igualmente aplicable a esta última, incluso con más razón, pues la nueva norma asume el contenido del Considerando 16 de dicha Directiva (ver apartados 3 y 46 de la sentencia) en las letras b) y c) de su artículo 1.2, apostando claramente por un criterio funcional para determinar el régimen de la adjudicación de los contratos mixtos. La sentencia que se analiza en este epígrafe, además de la cuestión de los contratos mixtos, trata, además, de otros interesantes asuntos relativos a la contratación pública, como la aplicación de los Tratados y los

trate de un contrato mixto compuesto por prestaciones cuya contratación separada implica umbrales de publicidad distintos (servicios o suministros y obras, p.ej.). La STJUE de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki AE*, C-145/08 y C-149/08, insiste en que estos supuestos se deben examinar en su conjunto, de forma unitaria a efectos de su calificación jurídica y debe valorarse con arreglo a las normas por las que se rige la estipulación que constituye el objeto principal o elemento preponderante del contrato (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, apartado 19; de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, apartados 23 a 26; de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, apartados 36 y 37 y de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07, apartados 28, 29, 57 y 61). En consecuencia, la determinación debe realizarse en función de cada caso concreto, teniendo en cuenta que no es suficiente la intención expresa o presunta del poder adjudicador de considerar indivisibles los diversos aspectos que constituyen un contrato mixto, sino que debe apoyarse en pruebas objetivas capaces de justificarla y de establecer la necesidad de celebrar un único contrato. Esa necesidad justificada de celebrar un único contrato podría darse, por ejemplo, en el caso de la construcción de un único edificio, del que una parte vaya a ser utilizada directamente por el poder adjudicador interesado y otra parte vaya a ser aprovechada sobre la base de una concesión, por ejemplo para ofrecer al público plazas de aparcamiento. Es preciso aclarar que la necesidad de celebrar un único contrato puede deberse a motivos tanto de carácter técnico como económico. Esto significa hay que estar al «*objeto principal*» del contrato, para determinar qué régimen de contrato público debe en principio aplicarse⁴⁰.

7. LA DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE SERVICIOS Y DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias Instituciones Comunitarias⁴¹. Las

principios generales del Derecho comunitario a los contratos excluidos de la Directiva. Vid. X. LAZO VITORIA, «Los contratos mixtos», *RAP* núm. 179, 2009, pp. 143-165.

40. Esta doctrina jurisprudencial, que considera el criterio del «*objeto principal*» del contrato, como elemento determinante del régimen jurídico de su adjudicación, se contiene y concreta, entre otras, en la STJUE de 5 de noviembre de 1989 (asunto C/88), *Comisión contra la Republica Italiana*; la STJUE de 19 de abril de 1995 (asunto C-331/92), *Gestión Hotelera Internacional S.A. contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas S.A.*; en la que reside el origen del criterio del objeto principal de la actual Directiva 2004/18/CE. En la misma línea, la STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-220/05), *J. Auroux y otros con Commune de Roanne*. La misma es citada en el Informe 10/2014, de 2 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen jurídico de los contratos mixtos. Determinación de la prestación de mayor importancia en un contrato mixto, denominado «Pista de evacuación e innivación artificial en la estación de esquí de Panticosa», a efectos de su régimen de adjudicación.

41. A estos efectos es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en Derecho Comunitario,

Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, C-206/08, 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, C-348/10, y 10 de noviembre de 2011, *Norma-A, SIA*, C-348/10, exigen que la tipificación responda a una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania)⁴². Solo existirá concesión de servicios si existe transferencia de riesgos. Lo ha definido bien el TJUE:

en las que se nos advierte que en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras. El texto de la «Directiva obras» prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son «*contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador*» [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un «*contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*». Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio. Vid. L. MIGUEZ MACHO, «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Czur Menor, 2014, pp. 172-182.

42. Según esta doctrina consolidada, existirá un «contrato de servicios» en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, *Tögel*, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 7 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 *Norma-A y Dekom* (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones

«El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio» (Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09)⁴³.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre⁴⁴. Obviamente, el riesgo de explotación económica del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación

24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013) y Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

43. Conviene recordar que la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom*, se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios: «48 El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 37).

49 En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 38)».

44. Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE, ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C 206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C 274/09). «Los riesgos del riesgo de explotación», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2014, p. 235.

o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios⁴⁵.

8. LOS ELEMENTOS DE SOLVENCIA DE LAS EMPRESAS Y SU VALORACIÓN. LOS SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN

La correcta exigencia de solvencia y su adecuada proporcionalidad –que debe preservar el principio de igualdad de trato– es uno de los elementos clave para una correcta licitación y ejecución de la prestación⁴⁶. Y debe primar un concepto funcional, y no formal, del contratista (operador económico, en la terminología de las Directivas). Estos criterios pretenden comprobar los aspectos económicos y técnicos generales de la empresa que se consideren suficientes para ejecutar contratos de un determinado tipo y/o los medios materiales y/o humanos con que cuenta la mencionada empresa para la ejecución del contrato en particular que se licita, sin que pueda exigirse requisitos o medios de acreditación distintos, tal y como se pusiera de relieve en la STJUE de 10 de febrero de 1982, en la que el Tribunal considera ilegal que un licitador establecido en otro Estado miembro deba probar los requisitos relativos a su honorabilidad y cualificación profesional, por otros medios –tales como una autorización de establecimiento– distintos de los enunciados por las normas comunitarias.

La STJUE de 18 de octubre de 2012, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi, C-218/11*, aclara como se debe valorar la solvencia:

*«Para la elección de estos elementos, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 deja un margen bastante amplio a las entidades adjudicadoras. En contra de lo que dispone el artículo 48 de la misma Directiva, que, en relación con las capacidades técnicas y profesionales, establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, su posibilidad de formular exigencias (véase, en lo que respecta a disposiciones análogas de directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de febrero de 1982, *Transporoute et travaux*, 76/81, Rec. p. 417, apartados 8 a 10 y 15), el apartado 4 del citado artículo 47 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias probatorias que deben aportar los candidatos o licitadores para justificar su capacidad*

45. Sin riesgo no hay concesión. Lo exponía muy bien F. J. VILLAR ROJAS («La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», RAP núm.172, 2007, al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales): «En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada», p. 172.

46. Estos requisitos deben ser proporcionales al objeto del contrato y no debe exigirse una forma jurídica determinada, tal y como ha recordado la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2007, *Frigerio Luigi*, C-357/06.

económica y financiera. Dado que el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se refiere a dicho artículo 47, existe la misma libertad de elección por lo que se refiere a los niveles mínimos de capacidad económica y financiera.

29 No obstante, esta libertad no es ilimitada. Conforme al artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, el nivel mínimo de capacidad debe estar vinculado y ser proporcional al objeto del contrato. Por consiguiente, el elemento o los elementos del balance elegidos por la entidad adjudicadora para formular el nivel mínimo de capacidad económica y financiera deben ser objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y este nivel debe adaptarse a la importancia del contrato en cuestión, de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto» (negrita nuestra).

El concepto funcional de operador económico obliga a valorar la solvencia que se presenta de forma agregada. La posibilidad –y conveniencia– de esta opción, encuentra su apoyo directo en la doctrina del TJUE en su sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, C-176/98, al afirmar que:

«La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato»⁴⁷.

Línea jurisprudencial confirmada en las STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens AG*, STJUE 18 de diciembre de 2007, *Frigerio Luigi & C. Snc.* y en la STJUE de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa* y STJUE de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2* y *Mannocchi Luigino*, C-94/12, que admiten que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación⁴⁸.

47. Ésta es, por lo demás, la solución adoptada por Francia en su reciente Código de Contratos públicos aprobado por Decreto 2001/2010, de 7 de marzo, que entró en vigor el 9 de septiembre. Posibilidad que si se recoge expresamente en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en su artículo 42: «En el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que, en su caso, tenga la intención de subcontratar con terceros. Dicha comunicación tendrá carácter meramente informativo correspondiendo al contratista asumir la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante». Y ahora se recoge expresamente en el artículo 25 de la Directiva 18/2004: «En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal».

48. Tal posibilidad puede desempeñar una gran importancia práctica pues permite que realmente se seleccionara a las empresas más capaces desde una visión global del contrato,

En todo caso, la naturaleza jurídica de los vínculos entre el operador económico y la tercera entidad es irrelevante, pero el operador económico deberá poder probar ante el poder adjudicador que tiene efectivamente a su disposición todos los medios para dar cumplimiento al contrato. Un licitador podrá basarse en las capacidades de otras entidades para demostrar su capacidad tecnológica y/o profesional, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la naturaleza y del objeto del contrato cuya ejecución se requiere.

Completa esta cuestión del concepto de operador económico (y su interpretación funcional), la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, C-578/13, relativa a la posibilidad de que organismos públicos participen en contratos públicos, en paralelo a la participación de operadores económicos privados (cuestión admitida ya en jurisprudencia anterior⁴⁹), donde señala que:

«el Tribunal de Justicia ha concluido que tanto de las normas de la Unión como de la jurisprudencia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional (véase, en este sentido, la sentencia CoNISMa, EU:C:2009:807, apartado 42).

(...) se opone a una normativa nacional que excluye a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos debido a su condición de entidad pública empresarial, en la medida en que dicho centro está autorizado a operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios».

Aun con solvencia acreditada, existen supuestos de exclusión de la licitación por existir conflicto de intereses⁵⁰. Estas causas de prohibición de contratar deben ser interpretadas de modo proporcional de modo que las leyes nacionales deben

con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Ésta es, por lo demás, la solución adoptada por Francia en su reciente Código de Contratos públicos aprobado por Decreto 2001/2010, de 7 de marzo, que entró en vigor el 9 de septiembre. Posibilidad que si se recoge expresamente en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en su artículo 42: «En el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que, en su caso, tenga la intención de subcontratar con terceros. Dicha comunicación tendrá carácter meramente informativo correspondiendo al contratista asumir la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante».

49. STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, apartado 51 STJUE de 7 de diciembre de 2000, *ARGE*, apartado 40, STJUE de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, apartado 38 y STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y otros, apartado 26.
50. El TJUE ya se ha referido en distintas ocasiones a las causas de prohibición de contratar, concretamente en sus sentencias de 9 de febrero de 2006, *La Cascina y otros*, C-226/04 y C-228/04.; de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C-376/08; de 15 de julio de 2010, *Bâtiments y Ponts Construction*, y de 13 de diciembre de 2012, *Forposta SA*, C-465/11.

resultar adecuadas para garantizar el objetivo que pretenden lograr preservando la regla de la participación, tal y como se advierte en la STJUE de 10 de julio de 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-558/12, apartado 31 (con cita expresa a la sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, apartado 44).

Son casos de exclusión las prácticas siguientes: a) las que confirman judicialmente o en vía administrativa la infracción de las normas sobre competencia por formalizar acuerdos ilícitos entre operadores económicos a fin de proceder a un reparto del mercado o a la fijación de precios «*bid-rigging*» (STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13)⁵¹; b) cuando se constate una «falta en materia profesional»; que incluye cualquier comportamiento del operador económico que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión, y no sólo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece el operador económico que sean declaradas por el órgano disciplinario previsto en el ámbito de dicha profesión o por una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Forposta SA*, C-465/11); c) las conductas que vulneran la igualdad de oportunidades entre licitadores al disfrutar de una posición de ventaja frente al resto de sus competidores, tal como ocurre, por ejemplo, en el supuesto de aquellos operadores económicos que no han cumplido con el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, o con sus obligaciones tributarias (STJUE 10 de julio de 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*)⁵²; d) los incumplimientos graves de las obligaciones contractuales imputables al contratista previa apreciación del comportamiento culposo que se le imputa (STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Forposta SA*), e) cuando se incumplen normas de competencia⁵³. La STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító Zrt.*, ha declarado la validez de una exclusión de la licitación por haber cometido previamente una infracción contra las normas nacionales sobre competencia, siempre que la infracción que ha sido declarada mediante sentencia judicial que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y por la que se le ha impuesto una multa [el TJUE considera considerar que la comisión de una infracción contra las normas sobre competencia, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa, constituye una causa de exclusión comprendida en el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18].

51. A. LÓPEZ MIÑO y P. VALCARCEL FERNÁNDEZ, «Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/24/UE sobre contratación Pública», en libro col. *Observatorio Contratos Públicos 2013*, op. cit., pp. 425-487.

52. Según el *Informe Anual 2010 sobre la protección de los intereses financieros de la UE* –COM (2011) 595 final, de 29 de septiembre de 2011, p. 25–, la causa más frecuente para la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación contractual es el impago de las cotizaciones sociales e impuestos recogidas en el artículo 45.2. letras e) y f) de la Directiva 2004/18.

53. Sobre esta cuestión resulta de interés el trabajo de A. SÁNCHEZ GRAELLS, «Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público», libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, op. cit., pp. 275-296.

La STJUE de marzo de 2015, *eVigilo Ltd*, en relación a un posible conflicto de intereses, donde declara que cuando el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del Derecho de la Unión⁵⁴:

«37. Para declarar la parcialidad de un experto es necesario valorar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de la competencia de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas o judiciales».

Por ello, concluye que la regulación de este principio en el derecho comunitario «...no se oponen en principio a que se declare la ilegalidad de la evaluación de las ofertas de los licitadores por el mero hecho de que el adjudicatario del contrato haya tenido vínculos significativos con expertos nombrados por el poder adjudicador que hayan evaluado las ofertas. El poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. En el marco del examen de un recurso dirigido a obtener la anulación de la decisión de adjudicación debido a la parcialidad de los expertos, no puede exigirse al licitador excluido que demuestre concretamente la parcialidad del comportamiento de los expertos. Corresponde, en principio, al Derecho nacional determinar si –y en qué medida– las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido incidencia en la decisión de adjudicación del contrato (apartado 47)».

9. LOS REQUISITOS DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO

Como bien ha advertido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, establece que «*las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato [..]*»⁵⁵. Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente⁵⁶. La negociación debe respetar la igualdad de trato y por ello las condiciones de la negociación y del contrato deben ser conocidas y no susceptibles de modificación. En consecuencia, en las negociaciones de un procedimiento negociado no se pueden variar las prescripciones técnicas obligatorias, tal y como acaba de afirmar el TJUE en su sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, *Nordecon AS*. El TJUE declara en los considerandos 37 y 38 que:

«37. Así pues, si bien la entidad adjudicadora dispone de una capacidad de negociación en el marco de un procedimiento negociado, tiene en todo caso la obligación de garantizar que se cumplen las exigencias del contrato que el mismo ha calificado de imperativas. De no ser así, se incumpliría el principio según el cual las entidades adjudicadoras obran con transparencia y no se cumpliría el objetivo que se recuerda en el anterior apartado de la presente sentencia.

54. En este sentido, la STJUE de 29 de marzo de 2012, *SAG ELV Slovensko* y otros, C-599/10, apartado 23.

55. Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2011, *Evropaïki Dynamiki contra Banco Central Europeo*, T-461/08.

56. Y es que, sin efectiva negociación no hay un procedimiento negociado, que devendría, por ello, en ilegal.

38. *Asimismo, admitir en las negociaciones una oferta no conforme a los requisitos imperativos privaría de utilidad a la fijación de requisitos imperativos en el anuncio de licitación y no permitiría a la entidad adjudicadora negociar con los licitadores sobre una base común a todos ellos formada por dichos requisitos, ni, en consecuencia, darles un trato igualitario».*

Cuando el poder adjudicador piense concluir las negociaciones, informará a los licitadores restantes y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. De esta forma, se prohíbe así designar a un licitador preferente (*preferred bidder*) que tenga la oportunidad exclusiva de finalizar la negociación y hacer la oferta final, ya que ello implicaría una discriminación de los licitadores que no han sido excluidos de manera objetiva.

10. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y SU VINCULACIÓN AL OBJETO

La finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone –dato de especial relevancia– que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, *Asunto ti. EAC srl.*).

Estos criterios deberán ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador, pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (*EVN y Wienstrom*), C-448/01, lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Criterios que, lógicamente, deben ser comprensibles y de sencilla ponderación, pues de lo contrario existe el riesgo de generar una complejidad que impida la efectiva concurrencia⁵⁷. Por ello, el criterio de producto «innovador» o medida innovadora, salvo una clara precisión en el pliego y la forma de su valoración (advirtiendo que el concepto innovación solo puede tener una única interpretación y que esta nunca puede depender del «desconocimiento» del órgano de contratación. Por ello, la STJUE de 16 de octubre de 2003 (*Traunfellner*), C-421/01, recuerda que no es correcto admitir variantes si tal posibilidad no se ha previsto y motivado en el pliego o anuncio de licitación.

Cumplen con esta regla de vinculación con el objeto el criterio de seguridad del abastecimiento (STJUE de 28 de marzo de 1995, *Evans Medical y Macfarlan Smith*). Y también los criterios de carácter ambiental, claramente relacionados con el

57. Un ejemplo lo son los criterios ambientales, pues si bien su utilización es, sin duda, una buena práctica, debe intentarse utilizar fórmulas que permitan una parametrización objetiva sencilla. Sobre esta cuestión me remito al excelente tratamiento que realiza J. PERNAS GARCÍA, en su trabajo «Contratación pública y eficiencia energética», en libro col. *Contratación Pública Estratégica*, op. cit., pp. 292-327.

«uso estratégico» de la contratación pública⁵⁸. La validez del criterio medioambiental fue declarada por la STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia*⁵⁹. En esta importante Sentencia, en la que se analizaba la validez incluir entre los criterios de adjudicación del contrato la organización del empresario en materia de calidad y de medio ambiente (debían concederse puntos adicionales por un conjunto de criterios cualitativos y por un programa de conservación del medio ambiente acreditados mediante certificación) y la reducción de las emisiones de óxido de nitrógeno o del nivel de ruido de los vehículos (criterios de naturaleza ecológica)⁶⁰ se afirma que:

«(...), en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación. 2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados⁶¹».

58. Por todos, puede consultarse a J. PERNAS GARCÍA, «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales» en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Coord. por Fernando LÓPEZ RAMÓN, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 299-323 y su monografía *Contratación Pública Verde*, La Ley, 2011. Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario* núm. 26, 2008, 128.
59. Un interesante comentario a esta Sentencia es efectuado por MARTINEZ PALLARES «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales», en libro col. *Contratación de las Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, pp. 161-171.
60. Un licitador podía obtener un máximo de 10 puntos adicionales con arreglo a ciertos criterios. Así, tales puntos se asignaban, en particular, por la utilización de autobuses que tuvieran, por una parte, emisiones de óxidos de nitrógeno inferiores a 4 g/kWh (+2,5 puntos/autobús) o inferiores a 2 g/kWh (+3,5 puntos/autobús) y, por otra parte, un nivel de ruido inferior a 77 dB (+1 punto/autobús).
61. Asimismo, y este dato de gran relevancia, el Tribunal ha asumido el criterio esgrimido por el Abogado General Sr. Jean Mischo, ha considerado que el que la entidad contratante deba identificar la oferta económicamente más ventajosa no significa que cada criterio deba tener una dimensión estrictamente económica en relación con ese contrato sino que puede consistir en una ventaja económica «indirecta» con el mismo pero directa con los fines públicos perseguidos con la Administración, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales del derecho comunitario, en especial del principio de no discriminación, y al cumplimiento de las normas de procedimiento, en especial las referidas a la publicidad.

En esta misma línea se ha posicionado la STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstron, al afirmar *«La normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45%, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue»*⁶².

Por otra parte, debe recordarse que estos criterios deben ser conocidos con carácter previo y ser claros a fin de garantizar el principio de igualdad de trato. La Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, contra Reino de España, ha declarado que:

«(...), impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores y (...) éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora».

La previa concreción de los distintos criterios de adjudicación que serán objeto de valoración y su sistema de puntuación es un requisito esencial pues como ha recordado STJUE de 24 de noviembre de 2008, *Alexandroupulis*, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores⁶³. Además, como recuerda la STJUE de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, C-532/06, (cuya doctrina confirma la STJUE de 12 de noviembre

62. En todo caso, como bien advierte el TJUE, dicha normativa se opone a este criterio en la medida en que: –no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas, –exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, a pesar de no haber establecido la entidad adjudicadora un período de suministro determinado, el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Sobre este tema *vid.* J. A. RAZQUÍN, «El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno», *Revista Jurídica de Navarra* núm. 37, 2004, pp. 218-219.

63. La Resolución 107/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 15 de abril de 2011, analiza la cuestión de la necesaria precisión en el Pliego de cláusulas Administrativas particulares sobre los criterios concretos que se seguirán por el órgano de evaluación de ofertas en relación con la determinación de los criterios de adjudicación, siendo insuficiente la simple mención en los Pliegos de la puntuación máxima a otorgar.

de 2009, Comisión República Helénica), no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa:

«se excluyen como “criterios de adjudicación” aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión».

Esto significa que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud no puede ser de adjudicación, tal y como ha venido a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003, GAT⁶⁴, C-315/01. Cuestión distinta es que se valore la calidad y para ello resulte relevante los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, *Ambisig*, en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación⁶⁵, que concluye que no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros⁶⁶.

Por último, conviene recordar la doctrina contenida en la STJUE de 10 de diciembre de 2009, *Antwerpse Bouwwerken NV*, Asunto T-195/08, en relación a la

64. Recuérdesse que esta era ya la doctrina fijada en la STJUE de 20 de septiembre de 1988, Asunto *Beentjes*. La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2/07) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de «selección cualitativa». Y recuerda que «los apartados 30 a 32 de la sentencia *Lianakis y otros*, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España» (apartado 36).
65. Se fijaba el criterio valoración del equipo un cuarenta por ciento en la ponderación. La puntuación se asignará teniendo en cuenta la constitución del equipo, la experiencia probada y el análisis curricular.
66. Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia. Sobre la consideración de la calidad profesional como criterio de adjudicación en la nueva Directiva, véase R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector», en *Contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Valoración de la “experiencia” en el marco de los criterios de adjudicación de los contratos públicos», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, mayo-junio 2014.

posible petición de aclaración de las ofertas presentadas, en la que se declara que es posible con el límite de que no se introduzcan modificaciones en las ofertas (es decir, no se puede cambiar la oferta ni «reofertar»).

11. LA VALORACIÓN DEL PRECIO: LA NECESIDAD DE SISTEMA PROPORCIONAL LINEAL

Interesante es la doctrina sobre la valoración del criterio precio. La Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, confirma la validez de la medida de corrección financiera aplicada por la Comisión, rechazando la tesis de España⁶⁷. El Tribunal recuerda la reiterada jurisprudencia que ha reconocido que las Directivas de contratos públicos, tienen principalmente por objeto proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro y, con dicho fin, excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos como la posibilidad de que una entidad adjudicadora pública se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico. Y el sistema de media aritmética quiebra este principio de igualdad de trato, ya que no permite que el licitador conozca de antemano las consecuencias de su oferta. Por ello el TJUE declara su ilegalidad:

«... Por tanto, al no conocer este precio medio en el momento de la presentación de sus ofertas, los licitadores se veían privados de un dato que, de haber sido conocido por ellos con anterioridad, hubiera podido influir en gran medida en la preparación de aquéllas, en el sentido del segundo requisito recordado en el apartado 72 supra, pues les habría permitido aumentar sus posibilidades de obtener la máxima puntuación con arreglo a los criterios en los apartados 58 y 59 supra. En cambio, el hecho de no conocer ese dato les impedía adaptar sus ofertas respectivas a la evaluación de dichas ofertas. Por el contrario, la falta de transparencia por lo que atañe al precio medio hizo que los licitadores más competitivos se encontrasen en una situación de competencia “irracional” ya que, si querían mantener sus oportunidades de obtener el contrato, se veían obligados a presentar una oferta con un precio más elevado del que hubieran podido ofrecer, a saber, una oferta con un precio correspondiente a la media previsible del precio del conjunto de las ofertas, y no la oferta más baja.

(...)

75. Por otra parte, ha quedado acreditado que la aplicación del método del precio medio podía llevar a una situación en la que, en caso de paridad de las demás condiciones, en particular, técnicas, una oferta con un precio más elevado podría obtener más puntos por su calidad económica que una oferta más baja, en particular, cuando la primera oferta se aproximara más al precio medio o, en el caso de los contratos gestionados por la ARC, al precio correspondiente a la “baja temeraria”.

(...) Si bien la oferta más ventajosa económicamente no es siempre aquella que tiene el precio más bajo, debe observarse que, en condiciones de perfecta igualdad de las ofertas por lo que respecta a todos los demás criterios pertinentes, incluidos los técnicos, una oferta más barata debe necesariamente considerarse más

67. Sentencia que se analiza en mi trabajo «Sobre el sistema de ponderación del precio en los supuestos de varios criterios: la ilegalidad de las fórmulas basadas en el denominado precio medio o de mercado», *Revista Estudios Locales* núm. 164, 2013, pp.11-20.

ventajosa, desde el punto de vista económico, que una oferta más cara. Pues bien, en una situación como ésta, la aplicación del método del precio medio, que daría lugar a que se adjudicase el contrato a una oferta más cara que otra, no puede calificarse de conforme con el criterio de la oferta más ventajosa económicamente» (negrita nuestra).

Por ello, el TJUE, de forma categórica concluye afirmando que aplicación del método del precio medio es contraria al principio de transparencia, y la principio de igualdad de trato⁶⁸. Lo que significa que esta doctrina es aplicable para todo tipo de contrato con indiferencia de su importe y si resulta o no armonizado. En conclusión, el precio más bajo, ya sea un único criterio o acompañe a otros, debe ser valorado de igual forma, referenciando la puntuación sobre el precio más bajo, que obtendrá la mejor puntuación⁶⁹. Y no hay margen interpretativo que pueda «salvar» la ilegalidad del sistema de medio aritmética. Sistema que, además, lleva a la perversión del principio de eficiencia (optimización de fondos públicos), pues del mismo se infiere que su aplicación conlleva a una estrategia en las proposiciones tendente a buscar esa media y no el mejor precio, lo que desplazaría hacia precios ofertados más altos (para evitar estar en los tramos de medias baja penalizados) las distintas proposiciones⁷⁰. Y, no se olvide, el derecho a una buena administración, máxime en un contexto de restricciones y ajustes presupuestarios, no puede resultar ajeno a este principio de eficiencia⁷¹.

Si lo que se pretende con esta técnica del precio medio (o de mercado) es eludir ofertas anormales la normativa ofrece soluciones distintas, que no pueden ser obviadas por los órganos gestores. El criterio precio exige una ponderación proporcional lineal que asigne la puntuación atendiendo al mejor precio ofertado. En todo caso, sería aconsejable utilizar sistemas de carácter proporcional lineales que atiendan al

68. Sobre el significado de estos principios, por todos, J. A. MORENO MOLINA, «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación» en *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 3429 y ss. del tomo II.

69. Por otra parte, no parece conforme a la Directiva la previsión que se deduce de que cuando el criterio precio aparece junto a otros criterios puede no recaer la adjudicación en el mejor postor (a diferencia de cuando es único criterio en el que el más bajo tiene mayor puntuación). Tal conclusión sería contraria a la Directiva 2004/18.

70. Idéntica opinión la de B. COLON DE CARVAJAL, «La utilización del criterio de precios medios en la adjudicación de contratos públicos», *Contratación Administrativa Práctica*, 2013, núm. 125, p. 108.

71. El propio Tribunal de Cuentas de España viene criticando por su carácter contrario al principio de economía, el sistema de valoración del criterio del precio primando la aproximación a la media de las ofertas en lugar de la oferta más barata. Informe de Fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social durante los ejercicios 2004-2005 (aprobado por Pleno en sesión de 26 de abril de 2007. Suplemento BOE núm. 8, de 9 de enero de 2008). En el mismo sentido, resulta de interés el Informe de FISCALIZACIÓN DE LA CUENTA GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN 2010, elaborado por la Cámara de Cuentas de Aragón insiste en esta idea de que el sistema de precio medio es ilegal, p. 53. Recuérdese, además, que el artículo y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece como uno de los paradigmas de la correcta gestión la eficiencia de los fondos públicos.

precio de licitación como punto de referencia determinado el umbral para considerar a una oferta en presunción de anormalidad o desproporción y determinar las puntuaciones a cada licitador⁷². Lo que debe evitarse, por ser contrarias a la Ley, son aquellas fórmulas que, sobre una apariencia de proporcionalidad, neutralizan parte de la puntuación alterando la ponderación de los criterios establecidos⁷³.

Así, en relación a las bajas anormales la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze* recuerda que, corresponde a los Estados miembros y, en particular, a las entidades adjudicadoras determinar el modo de cálculo de un umbral de anomalía constitutivo de una «oferta anormalmente baja»⁷⁴. Y admite que en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta, la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor del licitador.

12. LA LIMITACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES

Su fundamento en la conocida Sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di frutta*, en la que el Tribunal aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato⁷⁵:

72. Se reitera la solución incorporada por la Ley 53/99 de modificación de la anterior Ley de Contratos, que asume el criterio de las Directivas comunitarias y de los Informes de la Junta Consultiva en relación a la prohibición de exclusión automática de las ofertas presuntamente temerarias o desproporcionadas. Así, las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE sobre contratación establecen que si para un contrato determinado alguna oferta se considera anormalmente baja en relación con la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones o explicaciones presentadas.
73. Lo explica magníficamente, con claros ejemplos M. FUEYO BROS, en su trabajo «Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación», *El Consultor de los Ayuntamientos* núm. 15-16, 2009, pp. 2231-2275. *Ibidem*, «Criterios de adjudicación de los contratos», en núm. Monográfico *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local*, en *Revista Estudios Locales* núm. 161, 2013, pp. 223-231. Muy ilustrativo resulta el informe de FISCALIZACIÓN DE LA CUENTA GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN 2010, elaborado por la Cámara de Cuentas de Aragón, que analiza distintas fórmulas concluyendo en su ilegalidad y que comportan una ineficiencia en el precio satisfecho por el contrato quebrando además el sistema de adjudicación, pp. 305-310.
74. En todo caso, como advierte, entre otras, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 *Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni*, y STJUE sentencia de 11 de mayo de 2010, *PC-Ware Information Technologies/Comisión*, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal, requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente.
75. Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas

«El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores».

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, en palabras del propio Tribunal es que:

«todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata».

Para poder comprender de forma correcta el nuevo régimen de la modificación contractual debemos, previamente, resumir las líneas básicas diseñadas por el TJUE en tanto continúan siendo parámetro de interpretación. Como afirma el considerando 107 de la Directiva de contratación pública:

«Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial».

Resume bien los criterios la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España, que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111-1023 final de 18 de febrero de

y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizará en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil Succhi di Frutta fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, Succhi di Frutta, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJUE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJUE resulta de interés el trabajo de J. VÁZQUEZ MATILLA, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, en especial pp. 536 a 544.

2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE–:

«46. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47. El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).

48. Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)».

Sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato», lo que exige además una cuantificación a los efectos de calcular correctamente el valor estimado del contrato⁷⁶. El TJUE, en su sentencia de 22 de abril de 2010, C-423/07, ha condenado al Reino de España por la realización de obras complementarias no prevista entre los pactos del pliego. Interesa destacar la argumentación del TJUE al rechazar la argumentación del Estado español:

«(...) La posibilidad de remisión (del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares) no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37 (ni es aceptable) la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión. (...) (véase la sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartados 27 a 29). Puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del

76. Esta es la posición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2009, de 15 de abril, donde afirma –para un caso en que se aplicaba la normativa anterior a LCSP– que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes. En este Informe se analiza la doctrina del TJUE y se postula una interpretación del marco normativo español compatible con la misma y las exigencias comunitarias.

principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37 (...).

(...) el órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas. No obstante, la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español por el hecho de que el segundo pliego sustituyó al primero “por razones de índole técnica” y “para redefinir el objeto de este concurso”, además de que no podrían ser comprendidas por un licitador normalmente informado y diligente, en el sentido alegado por el Reino de España, no se refieren al objeto de la concesión litigiosa, sino que responden más bien a razones de la política general de transportes en el Estado miembro interesado. Basándose pues en tal concepción, como acertadamente pone de relieve la Comisión, los licitadores habrían sido libres de proponer sin limitación alguna la realización de obras en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid y de las provincias de Ávila y Segovia.

Del mismo modo, el posible carácter notorio de un problema de ámbito nacional, que no cabe presumir que se perciba como tal por los potenciales licitadores establecidos en otros Estados miembros, no puede tenerse en cuenta por los licitadores como criterio implícito de definición del objeto de una concesión y afectar de este modo a la importancia concedida por la normativa de la Unión al anuncio y al pliego de condiciones».

Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato y se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento⁷⁷. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación⁷⁸.

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente y, por tanto, ilegal. Y para saber en

77. El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

78. Vid. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 27/2011, de 23 de noviembre, donde se concluye, a la luz de la doctrina del TJUE, que: a) las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes, b) el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal, y c) que procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal. No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiéndose que es ésta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

qué supuestos nos encontramos en presencia de una nueva adjudicación debe recordarse la doctrina de la STJUE de 19 de junio de 2008 (*Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06), en la que se ha declarado que esto no sucede cuando⁷⁹:

«(...) los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

(...) una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

(...) una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular⁸⁰».

Sí que existirá, sin embargo, una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos, cuando las modificaciones efectuadas durante la vigencia de éste, presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46)⁸¹. Así, las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato⁸².

Además, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de

79. La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que «toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación».

80. En esta Sentencia, en definitiva, se confirma que toda alteración sustancial es un nuevo contrato. Es decir, cuando las modificaciones de un contrato en fase de ejecución incumplen los principios de transparencia e igualdad de trato afectan a la eficacia de la Directiva de contratos públicos por lo que es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

81. La STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende –apartado 43– que el precio es un elemento esencial y que, por ello, «una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato». Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia –Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992–.

82. MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores además de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada⁸³. Y también cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos⁸⁴. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del contratista de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial⁸⁵.

En esta línea restrictiva debe reseñarse la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, *Wall AG*, C-91/08, (relativa a una concesión de servicios, excluida del ámbito de aplicación) entiende que:

«Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada».

Lo ha reiterado la STJUE de 29 de abril de 2010, Comisión contra Alemania, en la que se analizaba si la ampliación en 2004 del objeto del contrato de prestación de servicios de socorro, celebrado en 1984, entre determinada comarca y la

83. Obviamente, corresponde al poder adjudicador la carga de la prueba a la hora de demostrar que un modificado no altera el sistema general de la licitación o los documentos de la licitación. Así lo declara, entre otras, la STJUE de 15 de mayo de 1995, Comisión/República Italiana, en su apartado 23, al exigir una interpretación estricta de las excepciones. Y, especialmente, en la STJUE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España al afirmar el apartado 48 lo siguiente: «Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento».
84. Esta última interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.
85. Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, «Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad».

adjudicataria a la explotación del puesto de socorro de *Bad Bevensen*, respetaba el Derecho de la Unión relativo a los contratos públicos. Y no lo hizo, ya que según la sentencia reseñada (apartados 99 a 101):

«A este respecto, procede recordar que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial y que, por consiguiente, constituye una nueva adjudicación de contrato, en el sentido de la Directiva 92/50 o de la Directiva 2004/18, en particular cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/2006, Rec. p.I-4401, apartado 36). En el presente asunto, de las indicaciones que figuran en autos se desprende que el valor del contrato relativo a la explotación del puesto de socorro de Bad Bevensen se cifra en 673.719,92 euros, es decir, una cuantía muy superior a los umbrales de aplicación fijados en el artículo 7 de las Directivas 92/50 y 2004/18. En estas circunstancias, tal como sostiene la Comisión, la ampliación del objeto del contrato mencionada en el apartado 98 de la presente sentencia debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial, que debía respetar las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos».

En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada⁸⁶. Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia⁸⁷ –como recuerda la referida STJUE de 29 de abril–, de 2004, *Succhi di Frutta* «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación» (apartados. 116-118).

13. LA NECESIDAD DE PRESERVAR EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD DE LAS OFERTAS

Es importante proteger adecuadamente la confidencialidad de las ofertas a fin de preservar los legítimos intereses empresariales (artículo 21 de la Directiva 2014/24, de contratación pública)⁸⁸. La STJUE de 14 de febrero de 2008, *VAREC*, ya declaró que el órgano que conozca de un recurso en materia de contratación deberá

86. Vid. J. L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, p. 243. También BAÑO LEÓN, «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 142-145.

87. Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También A. R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LÓPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local, op. cit.*, p. 1035.

88. Vid. los trabajos de A. I. BELTRÁN GÓMEZ, «El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas», en núm. Extraordinario *Revista Estudios*

garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es la siguiente:

«(..), es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores».

La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, *Cosepuri Soc. Coop. p.A. contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA)*, T-339/10 y T-532/10, la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada. Por ello, señala que:

«Y para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

14. EL EFECTO «ÚTIL» DEL SISTEMA DE RECURSOS CONTRACTUALES

El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño⁸⁹. No tiene porque ser

Locales núm. 161, 2013, pp. 287-308 y M. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, 2013.

89. Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme

un órgano judicial (aunque sí jurisdiccional, en la interpretación de la Unión Europea) y basta, como se reconoce en la STJUE de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger* (apartado 29), que sea un órgano administrativo en donde actué en calidad de Presidente «una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos»⁹⁰.

De estas Directivas –y de su concreta reforma– se deduce que debe existir un recurso rápido y eficaz en materia de contratación pública⁹¹. Un recurso específico y que impide la celebración del contrato –y, obviamente, el comienzo de su ejecución– hasta que se produce su resolución expresa⁹². Así lo había advertido ya la STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*:

jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, *Susanne Bulicke*. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, *Souzana Berkizi-Nikolakaki*). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32).

90. Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por contra, esta Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJUE de 4 de febrero de 1999, al afirmar que «los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del *Tiroler Landesvergabeamt* (organismo de control) al no darse la nota de independencia. Según el Tribunal, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Sentencia que recuerda la jurisprudencia anterior: las sentencias de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, apartado 23, y las sentencias de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*, de 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, *Almelo* y otros, apartado 21, y de 19 de octubre de 1995, *Job Centre*, apartado 9».
91. El recurso debe ser efectivo atendiendo al momento procesal en que las infracciones de las disposiciones pueden corregirse. STJUE de 11 de agosto de 1995, *Comisión/Alemania*, apartado 23. Esta jurisprudencia viene a validar el sistema de recurso especial implantado en España. Vid. M. A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213.
92. No es posible, por tanto, residenciar la solución mediante la remisión al sistema general de justicia administrativa del país. Resulta necesario un sistema propio de recurso en materia

«(...) los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato»⁹³.

Los Estados –como bien recuerda la STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*⁹⁴–, deben diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que ese Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa⁹⁵. Mecanismos que no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio comunitario de efectividad⁹⁶. Por ello, la STJUE de 4 de julio de 2013, *Fastweb*, C-100/12, indica que según el órgano encargado de conocer un recurso no deberá inadmitirlo si se interpone por parte de otros licitadores que presentaran ofertas que no se ajusten a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones.

El sistema de recursos está caracterizado por la posibilidad de que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir efectivamente la infracción cometida (STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*, C-81/98, apartado 43 y STJUE de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG*), caracterizándose este recurso por el necesario carácter suspensivo entre la adjudicación y la celebración (o perfección del contrato), tal y como se declara tanto en la STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión/Austria* y la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, (C-444/06), por no cumplir

de contratos. Criterio que ya sentó la STJUE de 26 de septiembre de 1998, *Tögel*.

93. Y es que la Directiva «Recursos» impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como se recuerda en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Debe existir, por tanto, un plazo suspensivo antes de que proceda la ejecución de al prestación recurrida (STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión Austria*, apartados 20 a 23).
94. Asimismo, en la STJUE 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.
95. Las Directivas diseñan un régimen de control de «mínimos» correspondiendo a los Estados concretar la concreta arquitectura de control desde la óptica de los principios referidos: STJUE de 27 de febrero de 2003, *Santex*, ap. 47 y STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión Austria*. Especial interés tiene la monografía de S. DIEZ, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.
96. Véanse, por analogía, las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, apartado 29.

nuestro ordenamiento con esta característica⁹⁷. Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, *Comisión/Irlanda*, C-456/08, sin que puedan verse «modulados «discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, C-406/08). Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre de 2010, *Strabag* y otros, C-314/09, apartado 37). En todo caso, resulta de especial interés la doctrina fijada por la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo Ltd*, (asunto C-538/13) al advertir que las directivas comunitarias, sobre esta materia:

«... deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato» (apartado 58).

En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión. No basta la comunicación a un candidato o licitador del rechazo de su candidatura u oferta, sino que es preciso informarle de los motivos de su exclusión para que pueda formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso, por lo que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32). Obviamente, la comunicación a los licitadores sobre la adjudicación y su motivación, con la plena información a los licitadores de las razones la desestimación de su oferta, no puede producirse ya expirado el plazo de suspensión anterior a la firma del contrato (STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda*, apartado 32)⁹⁸. El ámbito del recurso es «amplio». La STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las Disposiciones de la propia Directiva y, en particular en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de Decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva.

En definitiva, el recurso previsto en la Directiva 89/665/CEE es posible respecto de cualquier acto, entendido como manifestación de voluntad, de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público comprendido en su ámbito de

97. Doctrina que se confirma en la STJUE de 11 de junio de 2009, *Comisión/Francia*, por no existir plazo de suspensión entre la notificación y la celebración del contrato.

98. Vid. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A., «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, p. 7 del texto.

aplicación material y que pueda tener efectos jurídicos, sin que pueda supeditarse su interposición al hecho de que el procedimiento de contratación haya alcanzado formalmente una determinada fase. En consecuencia, son impugnables todas las decisiones de los poderes adjudicadores sujetas al Derecho comunitario europeo sin ninguna restricción por lo que se refiere a su naturaleza y contenido decisiones (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*), esto es, el recurso es susceptible en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público (STJUE de 23 de enero de 2003, *Makedoniko Metro y Michaniki*). En particular, además del acto de adjudicación, también se puede recurrir la cancelación de una licitación para la adjudicación del contrato con posterioridad a la presentación o apertura de las ofertas (SSTJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure*, y de 2 de junio de 2006, *Koppensteiner*), las decisiones adoptadas sin procedimiento formal –como sucede con convenios y encargos directos sin cumplir los requisitos (STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* y de 18 de enero de 2007, *Auroux*) los actos o resoluciones que excluyen una oferta antes de la selección de la mejor (STJUE de 19 de junio de 2003, *Hackermüller*)–. También los casos de ausencia de indicación en el anuncio relativo a un contrato de la cantidad o la extensión global de tal contrato (STJUE de 11 de octubre de 2007, *Lämmerzahl*) y en los que se incorporan cláusulas de licitación incompatible con la normativa comunitaria (STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens y ARGE*).

Obviamente, este recurso, de fundamento comunitario, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure*) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*). Y lo serán también, conviene insistir, aquellos modificados que devengan ilegales en tanto sean considerados una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008 (*Presstext*)⁹⁹. Criterio admitido por STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, que analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario.

Como reflexión final, y en un contexto de armonización jurídica en materia de contratos, la jurisprudencia del TJUE viene, en la práctica, a «codificar» la regulación de la contratación pública en Europa, dotando de seguridad jurídica y predictibilidad a un sector de tanta relevancia como el de los contratos públicos. Nos encontramos, en suma, con un nuevo derecho pretoriano que viene a consolidar la arquitectura institucional de los principios de igualdad de trato, transparencia y eficiencia en la contratación pública, y que revela como la construcción de un derecho europeo es un fenómeno dinámico en permanente evolución.

99. La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que «toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación».